

ACERCA DE LA INTRÍNSECA MORALIDAD DEL DERECHO

(COMENTARIOS A UN LIBRO DE RAFAEL ESCUDERO ¹)

Ricardo García Manrique

Facultad de Derecho de Esade. Universitat Ramón Llull (Barcelona)

I. INTRODUCCIÓN



E dice que uno de los caracteres de la filosofía es la recurrencia de los problemas a los que se enfrenta. Siendo así, no resultará extraño encontrarse con un libro como el de Rafael Escudero, que se ocupa, una vez más, de la relación entre iusnaturalismo y positivismo, sin duda uno de los temas clásicos de la historia de la filosofía del Derecho. En este caso, se trata de enfrentar las tesis de Fuller con las de Hart, aunque no con el fin de encontrar un ganador sino con el de alcanzar su compatibilidad. La idea de la moral interna del Derecho propuesta y desarrollada por Fuller, no había recibido, a mi juicio, un tratamiento sufi-

¹ ESCUDERO ALDAY, RAFAEL, *Positivismo y moral interna del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 568 páginas.

ciente en la filosofía del Derecho española, y éste es el principal argumento en favor de la conveniencia de un estudio como éste. Es posible que haya sido su pasaporte iusnaturalista el que la ha relegado a un segundo o tercer plano en un ambiente académico lógicamente cansado de tanta escolástica dominante durante el franquismo; pero un cuarto de siglo parece ya tiempo suficiente para rehabilitar lo que de bueno pueda haber en el pensamiento iusnaturalista o, al menos, para abordar su tratamiento de manera objetiva, en el sentido de desvinculada de la conexión entre iusnaturalismo y franquismo. Además, aunque la filosofía del Derecho escrita en inglés se ha ocupado y ocupa habitualmente de las ideas de Fuller, creo que no hay ningún estudio tan completo al respecto como el que ahora publica Escudero.

El análisis de las teorías del Derecho de Fuller y Hart permite a Escudero formular algunas tesis importantes sobre la existencia y la justicia de los sistemas jurídicos, y sobre la validez del positivismo jurídico. Mi intención en estas páginas es proponer algunos comentarios críticos sobre dichas tesis. Procederé de esta forma: primero, enunciaré y explicaré las tesis de Escudero que considero más relevantes; a continuación, señalaré con cuáles estoy de acuerdo y con cuáles no, y por qué. A lo largo de la exposición podrá comprobarse que el asunto principal que plantea el libro de Escudero es el de la posibilidad de establecer una conexión entre Derecho y moral con base en las cualidades formales del primero; por tanto, este punto centrará la mayor parte de mi comentario.

II. LAS TESIS DE ESCUDERO

Las ideas fundamentales propuestas por Escudero se pueden resumir en cinco tesis ², una de las cuales conviene dividirla en tres, a saber:

1. *El respeto de la moral interna del Derecho (MID) es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico.*
2. *El respeto de la MID es condición suficiente de la justicia parcial de un sistema jurídico.*

² El libro contiene ciertamente muchas más cosas de las que se pueden resumir en cinco tesis; espero que mi esquematización no induzca a ignorar su destacable riqueza argumental.

- 2.1 *El respeto de la MID genera tres efectos en un sistema jurídico, que son:*
 - a) *justicia formal (aplicación consistente o regular de las normas).*
 - b) *imperio de la ley (limitación del poder político).*
 - c) *certeza del Derecho (previsibilidad).*
- 2.2 *Los efectos antedichos tienen valor moral porque:*
 - a') *la justicia formal forma parte de la justicia, que es un valor moral.*
 - b') *la autolimitación del poder político respecto de las conductas que puede regular jurídicamente tiene valor moral en sí.*
 - c') *la certeza del Derecho promueve la autonomía individual, y ésta es moralmente valiosa.*
- 2.3 *Por tanto, todo sistema jurídico tiene algún valor moral, lo que significa que es, como mínimo, parcialmente justo, independientemente de su contenido concreto; que lo sea en mayor medida dependerá de este contenido concreto.*
3. *Hay una conexión necesaria entre el Derecho y la moral.*
4. *Las teorías de Hart y Fuller son parcialmente compatibles entre sí; coinciden al menos en las tres tesis anteriores.*
5. *El positivismo jurídico hartiano es una teoría del Derecho correcta, siempre y cuando acepte la conexión necesaria entre Derecho y moral en los términos propuestos.*

Explicación de las tesis:

1. *El respeto de la moral interna del Derecho (MID) es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico*

Toda la primera parte del libro de Escudero (sus tres primeros capítulos) se dedica a demostrar la verdad de esta tesis, que significa: si un sistema jurídico no satisface en cierta medida los elementos de la MID, no existirá como sistema jurídico, o tenderá a dejar de existir³. La razón es que un sistema jurídico

³ Los elementos de la MID son: generalidad, estabilidad, publicidad, claridad, coherencia, irretroactividad y posibilidad de obediencia de las normas; y congruencia entre las normas y las decisiones de los encargados de aplicarlas.

no existe si no alcanza un cierto grado de eficacia; y no alcanzará un cierto grado de eficacia si no respeta en cierta medida los elementos de la MID. Así, la idea que Escudero destaca como conclusión principal de la primera parte de su libro es: «La necesidad de los elementos de la moral interna del Derecho a la hora de configurar la estructura de los sistemas jurídicos, es decir, la relación directa entre la moral interna del Derecho y la existencia de éstos» (p. 317).

2. *El respeto de la MID es condición suficiente de la justicia parcial de un sistema jurídico*

La segunda parte del libro se dedica a demostrar la verdad de esta segunda tesis, que significa: un sistema jurídico que respete la MID (es decir, cualquier sistema jurídico si tenemos en cuenta la tesis 1) alcanza, por esa razón, un cierto nivel de justicia. Este nivel de justicia es debido a las cualidades formales del Derecho y no a su contenido. Sin embargo, el respeto de la MID no garantiza en absoluto que este contenido sea también justo; en este punto Escudero rechaza los diversos intentos de Fuller por vincular la MID con la justicia material del Derecho (véase el epígrafe 5.1: «La afinidad entre la moral interna del Derecho y los contenidos materiales de justicia»). El razonamiento que conduce a la afirmación de la tesis 2 se puede estructurar en tres pasos, que corresponden a las tres subtesis antes propuestas:

2.1 El primer paso consiste en afirmar que el respeto de la MID genera tres efectos en un sistema jurídico, que son: la justicia formal, el imperio de la ley y la certeza del Derecho. Por «justicia formal» entiende Escudero la aplicación consistente o regular de las normas por parte de los individuos o instituciones encargados de ello. Por «imperio de la ley» entiende Escudero la limitación del poder político, puesto que no puede actuar al margen de lo dispuesto en las normas jurídicas previamente establecidas. Por «certeza del Derecho» entiende Escudero el hecho de que la existencia de normas jurídicas permite a los individuos prever el comportamiento de los demás individuos y, en especial, de los que ejercen funciones públicas; la certeza del Derecho equivale a lo que generalmente se denomina «seguridad jurídica», entendiendo ésta en sentido formal y no material⁴.

⁴ ESCUDERO considera que la seguridad jurídica es entendida generalmente en sentido material y por eso él prefiere la expresión «certeza del Derecho», como modo de subrayar el carácter formal del concepto que maneja. Sin embargo, no estoy seguro de que la concepción material de la seguridad jurídica predomine sobre la concepción formal. La cuestión, en todo caso, es secundaria (véase el epígrafe 5.4.1. de su libro).

Es fácil comprender que el respeto de la MID genere estos tres efectos: la congruencia entre las normas (generales) del sistema y las decisiones de los encargados de aplicarlas equivale a la justicia formal, tal como Escudero la entiende; la mera existencia de normas reguladoras de la acción del poder político (por supuesto, si son eficaces) limita el alcance de dicha acción, puesto que dichas normas establecen lo que el poder político puede y no puede hacer (como mínimo, el propio carácter normativo de la MID, que debe ser respetada en la creación de otras normas, ya limita la acción del poder); en tercer lugar, la existencia de normas públicas, claras y coherentes permite a los individuos saber, prever o predecir qué sucederá en el futuro en un cierto ámbito (el de lo regulado por tales normas).

2.2 El segundo paso consiste en justificar que los tres efectos enunciados que genera la MID tienen valor moral. Sintéticamente, los argumentos de Escudero son los que siguen: en primer lugar, la justicia formal tiene valor moral porque es una parte de la justicia y, en tanto parte de ésta, participa de su valor moral. La justicia tendría dos «partes» o «elementos». Definida como «dar a cada uno lo suyo» o «tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales», la justicia exige, primero, establecer una norma que defina qué es lo suyo de cada uno o bien quiénes son iguales y desiguales y cómo hay que tratarlos (justicia material) y, segundo, aplicar dicha norma (justicia formal; cf. p. 428). En segundo lugar, el imperio de la ley tiene valor moral por tres razones, a saber: *a*) porque «la acción (...) del legislador sólo podrá dirigirse hacia aquellos ámbitos de las vidas y conductas de los sujetos en los que previamente y a través de una norma jurídica haya manifestado intervenir» (p. 490); *b*) porque el imperio de la ley genera certeza del Derecho; *c*) porque el imperio de la ley genera justicia formal (cf. pp. 490-491). En tercer lugar, la certeza del Derecho tiene valor moral porque supone el reconocimiento de la autonomía individual que, a su vez, tiene valor moral. Literalmente: «La certeza del Derecho supone un cierto reconocimiento de la autonomía del sujeto. Permite que éste pueda plantearse la opción de actuar conforme a las normas o, si así prefiere, de desobedecerlas, por la razón que sea» (p. 539)⁵.

⁵ El mismo párrafo sigue un poco más adelante: «Un sistema jurídico en el que se reconozca esta capacidad de los sujetos de planificar sus vidas sobre la base de lo dispuesto en las normas es un sistema que, desde el punto de vista moral, merece una valoración positiva. Ello porque, con independencia del contenido concreto de las normas pertenecientes al mismo, este sistema jurídico otorga un cierto valor, siquiera mínimo, a los destinatarios de las normas, cual es el de tratarlos como sujetos con capacidad de decisión a la hora de desarrollar sus actos y conductas». Teniendo en cuenta la tesis 1, el sistema jurídico aludido es *cualquier* sistema jurídico.

2.3 El tercer y último paso es la consecuencia de los dos anteriores: como todo sistema jurídico genera los tres efectos descritos, y como éstos tienen valor moral, todo sistema jurídico tiene cierto valor moral, que es independiente de su contenido concreto. En el lenguaje habitual de la filosofía del Derecho, eso significa que todo sistema jurídico es (parcialmente) justo.

3. *Hay una conexión necesaria entre el Derecho y la moral*

La tesis 3 tiene poco que explicar: si todo sistema jurídico requiere conformarse con las exigencias de la MID, y si estas exigencias generan efectos morales, entonces todo sistema jurídico tiene valor moral, con lo cual puede afirmarse que hay una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Sí cabe insistir en el hecho de que esta conexión no es razón suficiente para justificar una obligación moral de obediencia al Derecho, que en todo caso dependerá del contenido material del mismo, pero sí debe entenderse como una «condición que hace posible la obediencia» o, más concretamente: «El respeto a los elementos de la moral interna del Derecho se convierte en una condición de carácter racional cuya concurrencia se estima necesaria para la obediencia a los sistemas jurídicos, pero sin llegar a ser un criterio de justificación moral de los mismos» (p. 545); de modo que: «En el caso de que pueda predicarse la existencia de una obligación moral de obediencia al Derecho, tema que ha de permanecer al margen de estas páginas, dicha obligación no puede sostenerse, exclusivamente, en la presencia de los elementos de la moral interna del Derecho» (p. 530). Lo que no queda claro es si es posible afirmar que esta conexión entre moral y Derecho genera una obligación *prima facie* de obediencia al Derecho, o ni siquiera eso, porque el propio Escudero rechaza expresamente abordar la cuestión, por ser «ajena a los objetivos de este trabajo» (p. 530); pero no sería descabellado pensar que de sus ideas se deduce tal tipo de obligación.

4. *Las teorías de Hart y Fuller son parcialmente compatibles entre sí; coinciden al menos en las tres tesis anteriores*

Las tesis anteriores afectan de la siguiente manera a la consideración que merecen las teorías del Derecho de Hart y de Fuller: en primer lugar, la teoría del Derecho de Fuller es, al menos, parcialmente correcta, en la medida en que sostiene las tres tesis anteriores; en segundo lugar, la teoría del Derecho de Fuller es parcialmente incorrecta en la medida en que sostiene una vinculación entre Derecho y moral más fuerte que la autorizada por la tesis 2;

en tercer lugar, la teoría del Derecho de Hart admite las tres tesis anteriores, de manera más o menos explícita según los casos; en cuarto lugar, y esto es lo más importante a juicio de Escudero, las teorías del Derecho de Fuller y Hart son compatibles en una buena medida, a pesar del empeño de ambos en negarlo; son compatibles precisamente en las tres tesis anteriores. En consecuencia, cabe concluir que hay una compatibilidad parcial entre el tipo de positivismo jurídico que Hart representa y un tipo de iusnaturalismo formal como el defendido por Fuller, despojado de sus excesos⁶.

5. *El positivismo jurídico hartiano es una teoría del Derecho correcta, siempre y cuando acepte la conexión necesaria entre Derecho y moral en los términos propuestos*

Escudero tiene especial interés en defender la corrección del modelo del positivismo jurídico tal y como es formulado por Hart; a su juicio, dicha corrección requiere aceptar la conexión necesaria entre Derecho y moral en los términos propuestos, lo cual no es especialmente problemático, dado que Hart la afirma más o menos expresamente. De hecho, todo el libro se concibe como una reconstrucción de la teoría del Derecho de Hart de manera que pueda dar cabida a la idea de moral interna del Derecho. En todo caso, al margen de los argumentos de Escudero, el hecho de que Hart afirma la existencia de *alguna* conexión entre Derecho y moral debe quedar claro tras leer el capítulo IX de *El concepto de Derecho*⁷. El problema es determinar qué relevancia debe otorgarse a esta conexión; Escudero insiste en que debe ser mayor de la que el propio Hart estuvo dispuesto a admitir expresamente⁸.

III. CRÍTICA DE LAS TESIS DE ESCUDERO

Espero haber resumido las tesis principales del libro de Escudero con fidelidad y claridad suficientes; quizá me equivoco en considerarlas «prin-

⁶ La cercanía entre HART y FULLER ha sido señalada en varias ocasiones. Véase, por ejemplo, LYONS, 1986, 86, y MARTIN, 1987, 231-237.

⁷ También PECES-BARBA, GREGORIO, en el prólogo al libro de ESCUDERO, está de acuerdo en que «cabe una construcción positivista de la moral interna, utilizando a HART» (p. 18), aunque no lo está en que la existencia de un sistema jurídico requiera el respeto general de los elementos de dicha moral interna.

⁸ MARTIN afirma explícitamente que existe una contradicción a este respecto entre el HART de *El concepto de Derecho* y el de la reseña crítica de *The Morality of Law* publicada en 1965 (MARTIN 1987, 236).

cipales», pero sí son las que más me interesan. Paso, por tanto, a proponer algunas observaciones críticas sobre las mismas. Mi opinión sobre las cinco tesis es la siguiente:

- La tesis 1 es correcta.
- La tesis 2 es incorrecta (2.1 es correcta; 2.2 es incorrecta; 2.3 es incorrecta).
- La tesis 3 es incorrecta (porque lo es la tesis 2).
- La tesis 4 es correcta (pero Hart y Fuller se equivocan, aunque lo hagan al unísono)⁹.
- La tesis 5 es incorrecta (porque lo es la tesis 3).

Sobre la tesis 1 no añadiré nada más. Creo que queda bien demostrada en los tres primeros capítulos del libro de Escudero y que es posible poner de acuerdo a Hart con Fuller a este respecto (p. 232). La compatibilidad entre Hart y Fuller se alcanza demostrando que los principios de legalidad exigidos por el primero para la existencia de los sistemas jurídicos coinciden básicamente con los elementos que constituyen la MID; en palabras de Escudero: «la estructuración que Hart realiza de los sistemas jurídicos requiere, de una u otra forma, la presencia de los elementos de la moral interna del Derecho» (p. 155).

La corrección de la tesis 2 depende de las tesis 2.1 y 2.2, esto es, de si un sistema jurídico genera justicia formal, imperio de la ley y certeza del Derecho, y de si estos efectos tienen valor moral. Creo que la tesis 2.1 puede considerarse correcta, y centraré el resto de mi comentario en la corrección de la tesis 2.2. Como es obvio, las tesis 3 y 5 dependen de ésta y no podrán ser consideradas correctas si ésta no lo es. En cuanto a la tesis 4, la daré por buena, pero con la salvedad de que su corrección depende de que a la conexión entre Derecho y moral se le otorgue mayor relevancia de la expresamente asumida por Hart. De lo que se trata, por tanto, es de examinar los argumentos propuestos por Escudero para justificar el valor moral de la justicia formal, el imperio de la ley y la certeza del Derecho. Ofrezco a continuación algunas razones que sirven para cuestionar dicho valor moral. Si se consideran aceptables, habrá que concluir que Escudero no está en lo cierto en este punto.

Los argumentos que propongo son los siguientes: dos respecto de la «justicia formal», según se la considere o no un elemento de la justicia; en

⁹ Insisto en este punto: siempre y cuando se admita la interpretación que hace Escudero de Hart.

el primer caso, que su naturaleza no es la misma que la de la justicia, aunque sea un elemento de la misma; en el segundo caso, que el posible valor moral que pueda tener no se transmite a las normas aplicadas justamente; dos respecto del imperio de la ley: uno, que dos las razones de Escudero no son diferentes de las que aduce para justificar el valor moral de la justicia formal o de la certeza del Derecho y otro, que la tercera razón no es una razón; respecto de la certeza del Derecho, el argumento será que existe una confusión entre dos sentidos del término «autonomía», y la que es garantizada por la certeza del Derecho no es la que tiene valor moral.

1. El valor moral del imperio de la ley

Empezaré por el imperio de la ley, dado que la justificación de su valor moral nos devolverá a la justicia formal y a la certeza del Derecho. En efecto, Escudero propone tres argumentos al respecto. Uno de ellos es que el imperio de la ley garantiza la justicia formal y otro es que garantiza la certeza del Derecho; por tanto, me ocuparé de ellos después. El único argumento independiente es el que en su momento he enunciado a través de una cita textual puesto que no me era fácil traducirlo a otros términos; según Escudero el imperio de la ley tiene valor moral porque «la acción (...) del legislador sólo podrá dirigirse hacia aquellos ámbitos de las vidas y conductas de los sujetos en los que previamente y a través de una norma jurídica haya manifestado intervenir». Pues bien, me parece que ésta no es una «razón» para justificar o explicar el valor moral del imperio de la ley, sino simplemente una reiteración de la definición previamente establecida del concepto de imperio de la ley. No digo que de dicha definición no se puedan extraer razones para argumentar el valor moral del imperio de la ley; simplemente digo que la definición no es, en sí, una razón. Como las dos razones restantes conducen a la justicia formal y a la certeza del Derecho, habrá que concluir que el valor moral del imperio de ley depende del valor moral de éstas.

En todo caso, alguien podría insistir en que la limitación del poder operada por la existencia de normas que regulan su funcionamiento tiene, de por sí, de manera evidente, un valor moral. Siendo ése el caso, podría argumentarse en contra señalando el hecho de que todo poder es necesariamente limitado y que lo relevante a estos efectos es determinar, cuando menos, dos



cosas: quién impone dicha limitación y a qué fines sirve (esto es, cómo afecta a la vida de las personas). Desde un punto de vista moral, bien podría suceder que un poder menos limitado fuese mejor que otro más limitado, dependiendo de quién impusiese esa limitación o de cuáles fueran los fines a los que sirve. Por ejemplo, un poder limitado por normas impuestas al Estado por parte de compañías multinacionales sería peor que un poder menos limitado, pero cuyas limitaciones normativas fueran impuestas por los ciudadanos, democráticamente; o bien, un poder limitado por normas que configuren un Estado radicalmente abstencionista puede ser peor que un poder menos limitado por normas que configuren un Estado interventor en busca de la justicia. El hecho de que el poder sea limitado, insisto, no es en sí ni bueno ni malo. Quedarían los argumentos basados en la justicia formal y la certeza del Derecho, que se abordan a continuación.

2. El valor moral de la justicia formal

De acuerdo con los argumentos propuestos por Escudero, da la sensación de que el valor moral de la justicia formal puede afirmarse por dos caminos. En primer lugar, cabe entender que el valor moral de la justicia formal deriva de su condición de «elemento» de la justicia: la justicia es un valor moral y la justicia formal, en tanto parte de ella, tiene valor moral *por participación* del valor moral de la justicia. En segundo lugar, cabe entender que la justicia formal tiene valor moral *por sí misma*, independientemente del valor moral que corresponda a la justicia (o a la justicia «material»). Escudero emplea, creo, ambos argumentos, aunque no lo haga de manera explícita. En algunos pasajes insiste en el hecho de que la justicia formal es parte de la justicia y carga la prueba de su valor moral sobre esta pertenencia ¹⁰; en otros

¹⁰ Por ejemplo, en este: «Todo intento de estipular algo que pueda servir como respuesta a la pregunta acerca de qué es la justicia, ha de tener en cuenta dos elementos que, si bien relacionados, son en principio diferentes. Hay, entonces, que distinguir entre lo que podría considerarse un elemento formal, y un elemento material. El primero de ellos, el formal, consiste en una exigencia de igualdad, y su formulación puede quedar recogida bajo la expresión de tratar igualmente los casos semejantes; el material, por otro lado, es un elemento que viene a completar al anterior, y que consiste en el criterio que determina, precisamente, qué casos merecen un tratamiento igual, y qué casos, por el contrario, deben permanecer al margen de dicho trato igual. Cuando se respeta el primero de estos criterios, de forma que siempre se ofrece la misma respuesta a casos semejantes, se dice que se ha alcanzado una justicia formal o procedimental» (pp. 428-429).



recurre a otros términos que utiliza como sinónimos del de «justicia formal», tales como «congruencia entre las normas y su aplicación», «igualdad en la aplicación de la ley», «principio de legalidad», «coherencia» o «imparcialidad». Como estos términos parecen tener un sentido propio e independiente del de «justicia», podría admitirse que Escudero desarrolla un argumento del segundo tipo. Consideraré, por tanto, ambos tipos de argumentos.

A. El primer argumento parece responder a una tesis más general que diría: «los elementos componentes de un objeto participan de la naturaleza o de las cualidades de éste», de manera que la justicia formal, en tanto que elemento de la justicia, participaría del valor moral de ésta. Sin embargo, esta tesis general no es cierta: los elementos componentes de un objeto no participan necesariamente de su naturaleza o de sus cualidades. No parece necesario poner ejemplos, y no creo que Escudero sostenga esta tesis general; la cuestión es, quizá, que no parece tener en cuenta que su razonamiento requiere afirmar dicha tesis ¹¹.

En efecto, podemos considerar que la conducta justa está compuesta por dos elementos (Escudero los denomina, de acuerdo con la tradición, formal y material): 1) determinación de una norma justa; 2) aplicación de esta norma con regularidad. De ordinario, en el marco de los sistemas jurídicos, la primera labor corresponde al legislador, y la segunda al juez. Cabría pensar así: el legislador será justo si la norma que establece es justa; el juez será justo si aplica la norma con regularidad. Sin embargo, ¿qué sucede si uno de los dos no actúa de este modo? En el caso del legislador, podemos seguir diciendo que es un legislador justo aunque el juez no aplique sus normas regularmente; en el caso del juez, no sé si es posible, o conveniente, decir que es un juez justo aunque las normas que aplique no sean justas. La razón es ésta: el segundo elemento de la justicia consiste en «aplicar una norma justa con regularidad»; pero si la norma que se aplica con regularidad no es una norma justa, entonces el segundo elemento no es satisfecho. Por tanto, la justicia formal no participa de la naturaleza de la justicia: justicia es tratar igual a los iguales, o dar a cada uno lo suyo; pero aplicar una norma injusta no permite tratar igual a los iguales ni dar a cada uno lo suyo; en todo caso, permite tratar igual a los considerados iguales por la norma, o dar a cada uno lo que la norma establece que merece; pero

¹¹ También podría expresarse así: de que X sea condición necesaria de Y, y de que Y tenga valor moral, no se sigue que X tenga valor moral.

esto es una cosa distinta de la justicia. Por tanto, no creo posible afirmar que el valor moral de la justicia se transmita a la justicia formal; de hecho, me parece confuso e inconveniente calificar como «formalmente justa» la conducta consistente en aplicar de manera regular una norma.

B. El segundo argumento consiste en afirmar el valor moral de la justicia formal *en sí*. En este caso, no hace falta conectar la justicia formal con la justicia a secas, y lo que se afirma es que tratar igual los casos considerados iguales por la norma tiene valor moral, al margen de que sean o no verdaderamente iguales. Cabe advertir que, siendo así, más valdría utilizar otro término diferente al de «justicia» puesto que estamos hablando de cosas diferentes con valores diferentes. Podríamos utilizar los ya antes señalados: congruencia entre las normas y su aplicación, igualdad en la aplicación de la ley, legalidad, coherencia, regularidad o imparcialidad ¹². En este caso, no hace falta tener en cuenta el hecho de que la norma aplicada sea justa o no, sino simplemente el hecho de que existe una norma y se aplica regularmente.

Frente al argumento del valor moral de la regularidad, cabe oponer estos dos: *a*) en algunos casos, no parece que tenga sentido decir que el que aplica ciertas normas con regularidad actúe moralmente; es el caso de las normas gramaticales, por ejemplo ¹³; sin embargo, quizá pueda salvarse esta objeción aduciendo que se trata de normas técnicas, pertenecientes a otra especie que las jurídicas, al menos en el sentido de que su aplicación no afecta directamente a terceros; *b*) en otros casos, afirmar el valor moral de la aplicación regular de normas es quizá posible, pero no confiere ningún valor moral a las normas aplicadas. Es el caso del comportamiento de un árbitro deportivo: es posible calificar su comportamiento como «justo» e incluso valorarlo moralmente, pero no veo que sea posible decir que las reglas del ajedrez, del fútbol, o de cualquier otro juego o deporte, adquieren valor moral por esa razón. Sin embargo, resulta que eso es lo que hace Escudero con el Derecho: le otorga valor moral porque sus normas se

¹² El término «imparcialidad» es problemático. Por ejemplo, Lyons rechaza que justicia formal e imparcialidad sean la misma cosa: «Aunque la imparcialidad exige *cierta* clase de conducta uniforme, *el simple hecho* de tratar los casos de una manera uniforme no significa ser imparcial» (LYONS, 1998, 54); y sabido es que Rawls utiliza la expresión «justicia como imparcialidad» («fairness») para diferenciarla de la «justicia como regularidad» («regularity») o justicia formal (RAWLS, 1973, 11 y 59).

¹³ El ejemplo es de Lyons (LYONS, 1998, 52-53): «Puedo cometer un error al usar mal el lenguaje, pero sólo las circunstancias contingentes determinarán si lo que hago no sólo es gramaticalmente sino también moralmente incorrecto, o constituye alguna clase de injusticia o transgrede algún principio moral básico».



aplican regularmente. Esto, creo, no es correcto. En este caso, por tanto, no hace falta negar valor moral a la justicia formal; basta con negar que dicho carácter se pueda transmitir al sistema normativo aplicado de acuerdo con ella.

3. El valor moral de la certeza del Derecho

El argumento de Escudero en pro del valor moral de la certeza del Derecho es el de que favorece la autonomía individual en alguna medida, y la autonomía individual tiene valor moral. La forma en que la certeza del Derecho favorece la autonomía individual es permitiendo a los individuos elegir entre seguir o no seguir la norma, obedecer o desobedecer («la presencia de los elementos de la moral interna del Derecho supone un cierto reconocimiento de la autonomía del sujeto, pues permite que éstos puedan elegir entre la obediencia y la desobediencia a las normas», p. 527). A mi juicio, este argumento incurre en un error: la confusión entre dos sentidos del término «autonomía». Matthew Kramer lo ha explicado recientemente, y seguiré aquí su forma de plantear la cuestión¹⁴. «Autonomía» puede significar, en este contexto, dos cosas: 1) Cualidad cognitiva: capacidad de un sujeto para entender una norma y decidir seguirla o no seguirla. 2) Valor moral (y político): capacidad de un sujeto para orientar la propia vida¹⁵. En relación con el Derecho, o con cualquier otro conjunto de normas de conducta, la autonomía como cualidad cognitiva es una condición previa de su existencia, en tanto que la autonomía como valor moral es un fin de su existencia. El Derecho puede existir *porque* los seres humanos son autónomos (en el primer sentido), y debe existir *para* conseguir que los seres humanos sean autónomos (en el segundo sentido). Ahora bien, no todas las normas jurídicas (o sistemas jurídicos) promueven el valor moral de la autonomía; de hecho, hay normas o sistemas jurídicos que promueven lo contrario; otra cosa distinta es que todos, en efecto, presuponen la cualidad cognitiva de la autonomía. En consecuencia, no puede afirmarse que todo sistema jurídico, al generar certeza, promueva el valor moral de la autonomía, sino que todo

¹⁴ KRAMER, 1999, 58-62.

¹⁵ Estos dos sentidos de la autonomía se parecen mucho a dos de los sentidos que Peces-Barba propone para la libertad: la libertad psicológica y la libertad moral, por otra parte bien identificados en la tradición de la filosofía occidental (PECES-BARBA, 1995, 228-232).

sistema jurídico, en tanto sistema normativo, presupone la autonomía en tanto cualidad cognitiva¹⁶.

En síntesis, éstas son las objeciones que creo que se pueden oponer a los argumentos de Escudero en favor del valor moral del imperio de la ley, la justicia formal y la certeza del Derecho. Si se admiten, habrá que concluir que la tesis 2.2 es falsa, como también lo es, en consecuencia, la tesis 2.3. En cuanto a la tesis 3, la que propone una conexión necesaria entre Derecho y moral, tampoco puede considerarse verdadera en el sentido propuesto por Escudero. La tesis 4 es verdadera (las teorías del Derecho de Fuller y Hart son compatibles en lo que respecta a las tesis anteriores), pero eso no significa que ambos acierten. Por último, no hace falta que el positivismo jurídico admita la conexión entre Derecho y moral tal como es propuesta por Escudero para considerarlo una doctrina correcta (tesis 5).

IV. CONCLUSIÓN

He tratado de mostrar que las razones que ofrece Escudero para fundamentar el valor moral de la justicia formal, el imperio de la ley y la certeza del Derecho no son convincentes; es decir, que Escudero no ha demostrado dicho valor moral ni, por ende, el valor moral del Derecho, lo cual, por cierto, no significa que sea imposible encontrar otras razones que, o bien justifiquen el valor moral de los tres elementos en cuestión, o bien justifiquen el valor moral del Derecho por otros caminos. En cambio, el libro de Escudero contiene dos aciertos fundamentales: demuestra la necesaria vinculación entre el respeto de la MID y la existencia de los sistemas jurídicos y demuestra la compatibilidad entre el iusnaturalismo de Fuller y el positivismo jurídico de Hart respecto de algunas cuestiones relevantes de la filosofía del Derecho.

¹⁶ Nino define el «principio de autonomía de la persona» en estos términos: «Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución» (NINO, 1989, 204-205). Creo que la mera existencia de normas jurídicas no satisface este principio.

BIBLIOGRAFÍA

- KRAMER, MATTHEW (1999), *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press.
- LYONS, DAVID (1984), *Ética y derecho*, Barcelona, Ariel, trad. M. Serra Ramoneda.
- (1988), *Aspectos morales de la teoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa, trad. S. Álvarez.
- MARTIN, MICHAEL (1987), *The Legal Philosophy of H. L. A. Hart. A Critical Appraisal*, Philadelphia, Temple University Press.
- NINO, CARLOS SANTIAGO (1989), *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel.
- PECES-BARBA, GREGORIO (1995), *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, BOE-Univ. Carlos III.
- RAWLS, JOHN (1973), *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press.

